

VU Research Portal

De rechterlijke machtiging: een functioneel rechtsmiddel afgestoft

Haas, D.

published in

Maandblad voor Vermogensrecht
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Haas, D. (2009). De rechterlijke machtiging: een functioneel rechtsmiddel afgestoft. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 10, 263-268.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De rechterlijke machtiging: een functioneel rechtsmiddel afgestoft

*Mr. D. Haas**

1. Inleiding

Voor een schuldeiser die wordt geconfronteerd met een schuldenaar die zijn prestatie niet (goed) nakomt, heeft de wetgever de mogelijkheid gecreëerd om zich de prestatie buiten de schuldenaar om, maar wel op kosten van de schuldenaar, bij een derde te verschaffen. Op grond van art. 3:299 BW kan de schuldeiser na een rechterlijke interventie een derde inschakelen die een soortgelijke prestatie verricht als die de schuldenaar heeft nagelaten. Met een rechterlijke machtiging op zak beschikt de schuldeiser over een krachtig rechtsmiddel dat hem in staat stelt de schuldenaar te passeren en dat bovendien als executoriale titel kan dienen om de kosten van de ingeschakelde derde op de schuldenaar te verhalen. Een rechterlijke machtiging dient te worden gevorderd vóórdat een derde wordt ingeschakeld. Als de schuldeiser eerst een derde inschakelt en vervolgens een rechterlijke machtiging vordert om de kosten te verhalen, zal die vordering worden afgewezen. Wel zou hij in dat geval de door de derde gemaakte kosten als schadevergoeding kunnen vorderen als aan de daartoe geldende vereisten is voldaan.¹

De rechterlijke machtiging is een functioneel instrument. Een (dreiging met een) kort geding ter verkrijging van een rechterlijke machtiging kan een zinvol pressiemiddel zijn om de schuldenaar tot nakoming aan te zetten.² Het vooruitzicht dat de met een rechterlijke machtiging gewapende schuldeiser de prestatie mag weigeren en de door de derde gemaakte kosten op de schuldenaar kan verhalen, kan de schuldenaar ertoe aanzetten eieren voor zijn geld te kiezen en toch na te komen. Mocht de schuldenaar niet vrijwillig tot betaling van deze kosten overgaan, dan is verhaalsexecutie een effectief executiemiddel (art. 462-474 Rv).³ De schuldeiser die de door de derde gemaakte kosten op de schuldenaar wil verhalen, komt in beginsel niet in aanraking met schadebegrotingsdiscussies.

Uit de geringe hoeveelheid gepubliceerde jurisprudentie over de rechterlijke machtiging⁴ en uit het relatief geringe aantal publicaties dat in de Nederlandse literatuur hieraan is gewijd, ontstaat het beeld dat in de Nederlandse rechtspraak weinig gebruik wordt gemaakt van deze rechtsfiguur. Dat is bepaald jammer, omdat de praktische mogelijkheden van deze rechtsfiguur groot zijn.⁵ Duitsland en Frankrijk laten op dit punt een ander beeld zien, zo blijkt uit de grote hoeveelheid jurisprudentie en literatuur die dit rechtsmiddel in deze landen heeft gegenereerd.⁶

In dit artikel vestig ik de aandacht op de rechterlijke machtiging door eerst op meer theoretisch niveau haar rechtskarakter te duiden – is het een materieelrechtelijke remedie, een executiemiddel, of iets anders? – en door vervolgens een aantal praktische aspecten te belichten. Om de rechterlijke machtiging in een wat breder perspectief te plaatsen, maak ik gebruik van inzichten uit het vooral het Duitse en Franse recht.

In paragraaf 2 doe ik een poging het rechtskarakter van de rechterlijke machtiging te duiden door haar enerzijds te spiegelen aan de vorderingen tot nakoming en schadevergoeding en anderzijds aan de dwangmiddelen uit het executierecht. Paragraaf 3 behandelt de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter die zich moet uitspreken over een gevorderde rechterlijke machtiging. In paragraaf 4 stel ik de vraag aan de orde of een ingebrekestelling vereist is, of zou moeten zijn, voor een schuldeiser die een rechterlijke machtiging vordert. In paragraaf 5 ga ik in op de verweermiddelen die een schuldenaar tegen een gevorderde machtiging kan inroepen. In paragraaf 6 sluit ik af met een conclusie.

2. De rechterlijke machtiging: een hybride rechtsfiguur

Algemeen

Op grond van art. 3:299 BW kan een schuldeiser vorderen dat de rechter hem machtigt om de door de schuldenaar toegezegde

* Mr. D. Haas is universitair docent Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Vgl. Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 355.

2. J.H. Blaauw 2002, Het kort geding- Algemeen deel, Deventer: Kluwer 2002, p. 205-206.

3. Als de schuldeiser op basis van een machtiging met een derde in zee gaat, is het rechtsgevolg dat de schuldenaar is ontslagen van zijn verplichting een prestatie te leveren en moet hij in plaats daarvan de rekening van de derde betalen. Aan de verplichting voor de schuldeiser om de overeengekomen tegenprestatie te voldoen verandert echter niets. Als de rekening van de derde lager is dan het bedrag dat de schuldeiser de schuldenaar schuldig is, kan hij dit verschil op inhouden en indien hij de schuldenaar reeds heeft betaald, kan hij dit terugvorderen (art. 6:104), zie Verbintenissenrecht, art. 6:79 (B.J. Broekema-Engelen), aant. 4.

4. Een inventarisatie van jurisprudentie leverde slechts een handvol treffers op. Het ontbreken van een substantiële hoeveelheid gepubliceerde jurisprudentie kan natuurlijk ook duiden op het ongecompliceerde gebruik van de rechtsfiguur. Een rondvraag onder advocaten leert echter dat de rechterlijke machtiging zelden wordt gevorderd.

5. Zo schrijft de Franse auteur Debily enthousiast over deze rechtsfiguur waarmee de schuldeiser zich op originele en efficiënte wijze de prestatie kan verschaffen en reeds om die reden vaak toegepast kan worden, zie E. Debily, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non-pécuniaires, Poitiers 2002, p. 394-395.

6. Zie hierna de verwijzingen in de tekst.

prestatie zelf of door een derde te (laten) verrichten op kosten van de schuldenaar. Hierna richt ik mij op de situatie dat niet de schuldeiser zelf, maar een door hem ingeschakelde derde een resultaat bewerkstelligt dat lijkt op het resultaat dat de schuldenaar had toegezegd te zullen realiseren. Niet alleen verbintenissen die strekken tot een doen, maar ook verbintenissen die strekken tot een niet-doen kunnen worden gesanctioneerd met een rechterlijke machtiging (art. 3:299 lid 2 BW). Aangezien de betekenis van verbintenissen om niet te doen in de contractuele praktijk gering is, beperk ik mij tot verbintenissen om te doen.

De functie van de rechterlijke machtiging is in de oudere Nederlandse literatuur vooral gezocht in het de schuldeiser toestaan wat hij zonder de machtiging niet mag, zoals het betreden van het land van de gedaagde om daar de prestatie te laten verrichten.⁷ Daaraan kan worden toegevoegd dat de rechterlijke machtiging, net als omzetting van een verbintenis in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding en ontbinding, voor de schuldeiser de bevoegdheid creëert een aanbod tot nakoming van de schuldenaar te weigeren zonder in schuldeisersverzuim te raken. Voorts biedt de rechterlijke machtiging de grondslag voor de schuldeiser een voorschot te vorderen van de voor de dekkingstransactie te maken kosten (art. 3:299 lid 3 BW).⁸ Het belangrijkste kenmerk van de rechterlijke machtiging is echter dat zij de schuldeiser de bevoegdheid verschaft een derde in te schakelen om op kosten van de schuldenaar een vergelijkbare prestatie te verkrijgen als die de schuldenaar had toegezegd. Die bevoegdheid vloeit niet rechtstreeks voort uit de overeenkomst of uit de niet-nakoming daarvan, maar kan alleen door de rechter worden verleend.

De vraag dient zich aan wat voor rechtsfiguur de rechterlijke machtiging is: een remedie of een executiemiddel? Eerst onderzoek ik de vraag of het karakter van de rechterlijke machtiging meer moet worden gezocht in de sfeer van de materieelrechtelijke remedies nakoming en schadevergoeding. Vervolgens zet ik de rechterlijke machtiging af tegen de directe executiemiddelen teneinde een uitspraak te kunnen doen over haar rechtskarakter.

Remedie?

De rechterlijke machtiging vertoont zowel overeenkomsten met het recht op nakoming als met het recht op schadevergoeding. De rechterlijke machtiging wordt, zowel in Nederland als in Frankrijk, doorgaans als rechtsfiguur gezien die nauw is verbonden met het recht op nakoming.⁹ De verbondenheid tussen beide remedies komt aan het licht wanneer men zich bedenkt dat

de schuldeiser, die in het bezit van een rechterlijke machtiging een derde inschakelt, niet een som geld ontvangt, zoals bij schadevergoeding, maar een feitelijke prestatie.¹⁰

Er is echter ook wat voor te zeggen om de rechterlijke machtiging in de sfeer van de schadevergoeding (in natura) te plaatsen. De focus richt zich dan op de verbintenis die de niet-nakomende schuldenaar op zich heeft genomen. Die verbintenis wordt omgezet in een verplichting tot betaling van een som geld, namelijk de rekening van de derde.¹¹ Dat de rechterlijke machtiging zowel overeenkomsten vertoont met nakoming als met schadevergoeding doet Larroumet concluderen dat zij 'une exécution à mi-chemin', een tussenfiguur, is.¹²

Als een keuze moet worden gemaakt, dan heeft het rechtskarakter van de rechterlijke machtiging naar mijn mening meer gemeen met nakoming dan met schadevergoeding. De voorwaarden voor contractuele aansprakelijkheid, zoals schade en conditio sine qua non-verband, en de schadebegrotingsregels (art. 6:98 e.v. BW) zijn niet van overeenkomstige toepassing op de vergoedingsverplichting bij een rechterlijke machtiging.¹³ De rechterlijke machtiging verschaft de schuldeiser een executoriale titel voor een vergoedingsaanspraak ter zake van de door een derde te maken kosten (art. 3:299 lid 3 BW) en heeft daarmee, anders dan schadevergoeding, niet een zuiver compensatoir karakter.¹⁴ Vanwege de gerichtheid op het door een derde tot stand te brengen nakomingsresultaat vertoont de rechterlijke machtiging dan ook meer gelijkenis met het recht op nakoming dan met schadevergoeding.¹⁵

Executiemiddel?

Als, zoals hiervoor betoogd, de rechterlijke machtiging in het kamp van de nakoming kan worden geplaatst, rijst de vraag of

7. S.N. Van Opstall, Het Nederlandse verbintenissenrecht – de algemene leer van de verbintenissen, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 168; R.M. Blaauw, Executiemiddelen: de sanctionering van vonnissen, veroordelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld (preadvies Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, nr. 31), Deventer: Kluwer 1980, p. 16; W. Star Busmann, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, Haarlem: De Erven F. Bohn NV 1955, p. 426.
8. H. Stein, Reële executie (Mon. NBW A13), Deventer: Kluwer 1990, p. 82; en A.W. Jongbloed, Reële executie in het privaatrecht, Deventer: Kluwer 1987, p. 305-306.
9. Zie bijv. Stein 1990, nr. 13 en 43 en P. Rémy-Corlay, Exécution et réparation: Deux concepts?, Revue des Contrats 2005, p. 20: 'On voit bien que le Code civil traite l'exécution par un tiers comme une mesure d'exécution forcée (...)'.

10. P. Wéry, L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (diss. Liège), Bruxelles: Kluwer 1993, nr. 79 e.v. Zo ook M.E. Roujou de Boubée, Essai sur la notion de réparation, Paris: LGDJ 1974, p. 149; en Debily 2002, p. 289-291.
11. Y-M Laithier, Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, Paris: LGDJ 2004, p. 82-84.
12. Ch. Larroumet, Droit Civil – Les obligations, le contrat, Paris: Economica 2003, p. 59.
13. Vgl. Jongbloed 1987, p. 305 en Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 354, die van mening zijn dat de schuldenaar de door de derde gemaakte kosten moet vergoeden ongeacht of hij tot schadevergoeding is gehouden. Anders Blaauw 1980, p. 6 en 15-16, die de vergoedingsaanspraak voor de gemaakte kosten geheel wil loskoppelen van de rechterlijke machtiging en als zuivere schadevergoedingsvordering ziet. Zo ook Brunner in zijn noot op HR 7 mei 1982, NJ 1983, 478 (Lameris/Trechsel) m.nt. CJHB; en Stein 1990, p. 96.
14. Zo ook voor het Franse recht Debily 2002, p. 289 en 292-293. Als de schuldenaar nalaat de rekening van de derde te voldoen, zal de schuldeiser hem in beginsel eerst in gebreke moeten stellen alvorens hij schadeplichtig wordt voor de wettelijke rente, omdat art. 6:83 sub b BW (verzuim van rechtswege bij een verbintenis tot schadevergoeding) niet van toepassing is.
15. Toch kunnen beide rechtsfiguren goed van elkaar worden onderscheiden. Zo is voor nakoming in beginsel geen rechterlijke interventie vereist. Bovendien ontslaat alleen de rechterlijke machtiging de schuldeiser van zijn gehoudenheid de prestatie van de schuldenaar in ontvangst te nemen en verschaft alleen de rechterlijke machtiging de schuldeiser de bevoegdheid om de kosten van de derde op de schuldenaar te verhalen. Zoals hierna volgt (par. 3 en 4), dient de schuldeiser die een rechterlijke machtiging vordert zijn wederpartij in beginsel wel eerst in gebreke te stellen, terwijl dit vereist niet geldt voor het recht op nakoming.

de rechterlijke machtiging wellicht als executiemiddel van het recht op nakoming kan worden gekwalificeerd.

De meeste auteurs beschouwen de rechterlijke machtiging inderdaad als een vorm van directe reële executie, omdat de schuldeiser zich buiten de schuldenaar om de verschuldigde prestatie verschafft.¹⁶ De rechterlijke machtiging wijkt echter op twee belangrijke punten af van de 'gewone' directe executiemiddelen.

In de eerste plaats kan de rechter een machtiging verlenen ook zonder dat de schuldeiser nakoming heeft gevorderd, dus ook zonder dat de schuldenaar tot nakoming is veroordeeld. In dat geval kan de rechterlijke machtiging uiteraard niet worden beschouwd als een dwangmiddel van een door de burgerlijke rechter uitgesproken veroordeling tot nakoming, simpelweg omdat die veroordelende uitspraak er niet ligt. Niet een voorafgaande rechterlijke uitspraak waarbij de schuldenaar tot nakoming is veroordeeld, maar de niet-nagekomen verbintenis zelf is de basis waaraan de rechter een executoriale titel koppelt.¹⁷ Hartkamp en Sieburgh definiëren reële executie als:¹⁸

'De afdwinging van de prestatie waartoe de gedaagde bij rechterlijk vonnis is veroordeeld (...). Zulk een afdwinging van de in het dictum van het vonnis aangeduide prestatie pleegt men reële executie te noemen.'

Bij een rechterlijke machtiging *sec*, zonder veroordeling tot nakoming, is van een veroordelend vonnis geen sprake.¹⁹ De uitspraak waarbij de rechterlijke machtiging wordt verleend, behelst immers geen directe veroordeling van de gedaagde, maar creëert alleen (executoriale) bevoegdheden voor de schuldeiser. De rechterlijke machtiging valt dan ook niet onder deze definitie van de reële executie.²⁰ Opvallend in dit verband is het verschil met de regeling van de Duitse variant van de rechterlijke machtiging (§ 887 Zivilprozessordnung), de 'Ersatzvornahme'. Een schuldeiser heeft slechts recht op een door de Duitse rechter verleende 'Ersatzvornahme', indien de schuldenaar weigert uitvoering te geven aan een daaraan voorafgaande *veroordeling* tot

nakoming (§ 704 en 795 Zivilprozessordnung). De 'Ersatzvornahme' is dan ook een regulier executiemiddel.²¹

Een tweede punt waarop de rechterlijke machtiging afwijkt van de directe executiemiddelen is dat de derde die de schuldeiser inschakelt om de prestatie uit te voeren geen uitvoering geeft aan de verbintenis die de schuldenaar op zich had genomen, maar aan een daarvan losstaande verbintenis.²² Anders dan bij de directe executiemiddelen vormt de derde bij de rechterlijke machtiging geen juridische verpersoonlijking van de schuldenaar.²³ Een voorbeeld. Een koper die op basis van een rechterlijke machtiging met een tweede verkoper contracteert, verkrijgt niet de eigendom van de zaken die de eerste verkoper had toegezegd, maar verkrijgt de eigendom van de zaken die de tweede verkoper hem levert. Dat de derde niet de verbintenis uitvoert die de schuldenaar op zich had genomen, blijkt ook uit het feit dat de eerste verkoper niet aansprakelijk is voor een gebrek in de door de tweede verkoper geleverde prestatie.²⁴ Bij de directe executiemiddelen, zoals het executoriaal verhaalsbeslag (art. 462-474 Rv), het beslag tot afgifte (art. 491 Rv), de reële executie tot het verrichten van een rechtshandeling (art. 3:300 BW) en de gedwongen ontruiming (art. 555-558 Rv), verricht of voltooit de derde (deurwaarder of rechter) exact die prestatie waartoe de schuldenaar zich jegens de schuldeiser had verbonden. De derde die de schuldeiser inschakelt nadat hij een rechterlijke machtiging heeft verkregen, voert daarentegen een andere verbintenis uit dan die de schuldenaar op zich had genomen.²⁵

Dat de rechterlijke machtiging geen regulier direct executiemiddel is, neemt niet weg dat de rechterlijke machtiging de schuldeiser bepaalde executoriale bevoegdheden verschafft. Zo voorziet de rechterlijke uitspraak in de executoriale titel voor het verhaalsrecht op de schuldenaar.²⁶ Van een rechterlijke machtiging gaat bovendien een zekere dwang uit, net als van de executiemiddelen. Een schuldenaar zal zich moeten laten wel-

16. Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 346 en 352; Jongbloed 1987, p. 4-5 en 41; Stein 1990, nr. 3 en 13; P.A. Stein en A.S. Rueb, *Compendium Burgerlijk Procesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 16.1.2; *Burgerlijke Rechtsvordering, Inleiding executie- en beslagrecht* (A.I.M. van Mierlo), aant. 5; H. Oudelaar, *Recht halen*, Deventer: Kluwer 2000, p. 36-37; H. Stein, *Goed beslagen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 45 en 51-52; H. Oudelaar, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 25; en *Verbintenissenrecht*, art. 6:79 (B.J. Broekema-Engelen) aant. 4.
17. Vgl. J.B. Vegter, *Opmerkingen over juridische gebondenheid in verband met de begrippen nakoming, schadevergoeding en verhaalsaansprakelijkheid* (II), WPNR 5996 (1991), p. 172.
18. Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 346.
19. Ook art. 3:300 BW (reële executie tot verrichten van rechtshandeling) schrijft niet dwingend een voorafgaande veroordeling tot nakoming voor, al zal daarvan in de praktijk wel steeds sprake zijn, vgl. *Vermogensrecht*, art. 3:300 BW (A.W. Jongbloed), aant. 2 en 3.
20. Het is een kwestie van definiëring van het begrip 'reële executie' of de rechterlijke machtiging daaronder kan worden geschaard. Bij een ruime definitie van het begrip reële executie, zoals van P.A. Stein, *Boekbespreking*, RM Themis 1988, p. 345 en van Jongbloed 1987, p. 4, kan de rechterlijke machtiging wel als executiemiddel worden aangemerkt.

21. H.J. Musielak (red.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München: Verlag Franz Vahlen 2007, § 887, nr. 2 (door R. Lackmann).
22. Bij de directe reële executiemiddelen geeft de deurwaarder als remplaçant uitvoering aan de verbintenis die de schuldenaar op zich had genomen. De deurwaarder treedt volledig in de plaats van de schuldenaar die hij letterlijk vervangt. Dat is niet de rol van de derde (of schuldeiser) bij een rechterlijke machtiging. Deze derde treedt niet in de positie van de niet-nakomende schuldenaar, maar sluit als zelfstandige partij een contract met de schuldeiser en levert een soortgelijke prestatie als die de schuldenaar had toegezegd.
23. Anders de Franse auteur Debily die meent dat bij een rechterlijke machtiging sprake is van dwangverteenwoordiging. Het is de rechterlijke uitspraak die de schuldeiser de bevoegdheid verschafft om als 'gevolmachtigde' van de schuldenaar met een derde te contracteren. De schuldeiser valt er tussenuit, zodat een contract tot stand komt tussen de schuldenaar en de derde, zie Debily 2002, p. 315-322, zo ook Rémy-Corlay 2005, p. 20.
24. Vgl. naar Duits recht, zie Ch. Berger e.a., *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, § 887, nr. 41 (door W. Brehm); en P. Hartmann, *Zivilprozessordnung*, München: Verlag C.H. Beck 2007, § 887, nr. 8. Zie voor het Franse recht art. 1792-6 al. 3 C.c. waarover Wéry 1993, p. 270-272.
25. Anders Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 352, die menen dat wat de schuldeiser op grond van de rechterlijke machtiging ontvangt de verschuldigde prestatie is en niet een surrogaat.
26. Jongbloed 1987, p. 305.

gevallen dat de schuldeiser een derde inschakelt en zal daaraan zijn medewerking moeten verlenen.²⁷

Hoe kan men de rechterlijke machtiging nu plaatsen? De rechterlijke machtiging heeft zowel materieelrechtelijke als executierechtelijke kenmerken. Materieelrechtelijk is dat de uitspraak waarbij de rechter een machtiging verleent, berust op een aan de uitspraak voorafgaand materieel vorderingsrecht tot nakoming dat in de rechterlijke uitspraak zijn erkenning vindt. Vanwege de gerichtheid op het tot stand te brengen resultaat in plaats van op (financiële) compensatie dringt in dit verband de gelijkenis met het recht tot nakoming zich op. Executierechtelijk is dat van de schuldeiser *zelfwerkzaamheid* wordt verwacht om een derde in te schakelen en de kosten op de schuldenaar te verhalen.²⁸ De rechterlijke machtiging laat zich dus niet makkelijk inpassen in het bekende systeem van de remedies enerzijds en de executierechtelijke dwangmiddelen anderzijds. De rechterlijke machtiging dient dan ook als een *sui generis* rechtsfiguur te worden beschouwd.

3. De omvang van de rechterlijke beoordelingsbevoegdheid

Hoe staat het met de beoordelingsvrijheid van de rechter, wanneer deze zich moet uitlaten over een vordering tot verlening van een rechterlijke machtiging? In de Franstalige literatuur is hierover uitgebreid gefilosofeerd. Alhoewel op grond van oudere arresten van de Cour de cassation de indruk kan bestaan dat de Franse rechter een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt,²⁹ nemen hedendaagse auteurs aan dat van een discretionaire bevoegdheid geen sprake is.³⁰ De Franse rechter kan de gevorderde machtiging slechts weigeren, indien een rechterlijke machtiging voor de schuldenaar zeer nadelig is en de schuldeiser daarbij onvoldoende belang zou hebben.³¹

Alhoewel nauwelijks recente Nederlandse uitspraken bestaan over de omvang van de rechterlijke bevoegdheid bij de beoordeling van een gevorderde machtiging, is hierover wel nagedacht. Uit de tekst van art. 3:299 BW ('kan') en de parlementaire geschiedenis³² is afgeleid dat de rechter bij de beoordeling van de gevorderde rechterlijke machtiging een volledig discretionaire bevoegdheid toekomt.³³ De reden die ter onderbouwing van deze discretionaire bevoegdheid wordt aangevoerd is dat de wetgever de beslissing om een derde op kosten van de schuldenaar in te schakelen kennelijk niet aan de schuldeiser

maar aan de rechter heeft willen laten.³⁴ Met een discretionaire bevoegdheid zou de rechterlijke machtiging meer inhoud krijgen, omdat de rechter de taak heeft gekregen de gevraagde machtiging te beoordelen en te weigeren als hij het belang van de schuldeiser bij de machtiging te gering vindt.³⁵

De enige reden voor een discretionaire bevoegdheid bij de beslissing over het verlenen van een rechterlijke machtiging is het waarborgen van het schuldenaarsbelang om de verbintenis (alsnog) zelf na te komen. Ter bescherming van dat belang is mijns inziens geen discretionaire bevoegdheid nodig, maar volstaat een ingebrekestelling. De ingebrekestelling is immers het instrument bij uitstek dat het belang van de schuldenaar om zelf na te komen beschermt.³⁶

De rechter zou bij de beoordeling van een gevorderde rechterlijke machtiging mijns inziens slechts de gebruikelijke, beperkte beoordelingsbevoegdheid moeten hebben, vergelijkbaar met de beoordelingsbevoegdheid bij nakoming.³⁷ De rechter zou de gevorderde machtiging naar mijn mening moeten afwijzen als de schuldeiser niet heeft voldaan aan zijn stelplicht dat hij de schuldenaar in gebreke heeft gesteld en dat nakoming binnen de daarbij gestelde redelijke termijn is uitgebleven. De rechter zou de gevorderde machtiging voorts moeten afwijzen, indien de prestatie die de schuldenaar heeft toegezegd naar zijn aard niet door een ander kan worden uitgevoerd. In dat geval is het onmogelijk dat een derde de door de schuldenaar toegezegde prestatie verricht.³⁸

4. Een ingebrekestelling vereist?

Voor zowel nakoming als de rechterlijke machtiging geldt dat de schuldeiser dient te stellen dat tussen partijen een overeenkomst tot stand is gekomen, dat uit die overeenkomst een verbintenis voortvloeit en wat de inhoud van die verbintenis is. Indien de verbintenis nog niet opeisbaar is, dient de schuldeiser de feiten te stellen die het verlenen van een machtiging bij voorbaat rechtvaardigen.³⁹ Indien de schuldeiser niet voldoet aan zijn stelplicht, zal de rechter de gevorderde machtiging niet verlenen.⁴⁰

In de Nederlandse literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of voor de toewijsbaarheid van een gevorderde rechterlijke machtiging een schriftelijke aanmaning vereist is. Verschillende auteurs vinden een ingebrekestelling niet noodzakelijk,⁴¹ terwijl anderen wel een voorafgaande ingebre-

27. Blaauw 1980, p. 6 en p. 16; Jongbloed 1987, p. 41. In het Franse recht spreekt men in dit verband over een 'obligation de laisser faire'. In het Duitse recht heeft men het over een 'Duldungspflicht'.

28. Vgl. Stein 1990, p. 82-83.

29. Zie voor de vindplaatsen van arresten Viney & Jourdain 2001, p. 52.

30. Wéry 1993, p. 326-339; Roujou de Boubée 1974, p. 166-178; en Rémy-Corlay 2005, p. 19-23.

31. G. Viney en P. Jourdain, *Traité de droit civil – Les effets de responsabilité*, Paris: LGDJ 2001, p. 50-52 en Debily 2002, p. 55-56.

32. Parl. Gesch. Boek 3, p. 898.

33. Vgl. Jongbloed 1987, p. 305; en Vermogensrecht, art. 3:299 (A.W. Jongbloed), aant. 5. Volgens Van Mierlo, Burgerlijke Rechtsvordering, Inleiding executie- en beslagrecht, (A.I.M. van Mierlo) aant. 5, is het onzeker hoe ver de rechterlijke vrijheid bij toepassing van deze discretionaire bevoegdheid precies strekt.

34. Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 353. Kritisch over dit argument is Van Opstall 1976, p. 169.

35. Jongbloed 1987, p. 14.

36. Zie hierna par. 4.

37. Zo ook Blaauw 1980, p. 17, zie Haas 2009, p. 239-253 over de omvang van de rechterlijke beoordelingsbevoegdheid bij een vordering tot nakoming.

38. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 898.

39. Vgl. Van Opstall 1976, p. 169; en Jongbloed 1987, p. 43.

40. Vgl. Rb. Breda (kantonrechter) 6 oktober 2006, LJN AY9781 (de schuldeiser voldoet niet aan zijn stelplicht dat op de schuldenaar een bepaalde verplichting rust waarop kantonrechter de gevorderde machtiging afwijst).

41. Zie bijv. Star Busman 1955, p. 426; en Jongbloed 1987, p. 306; en Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 353 over het geval dat een vordering tot nakoming wordt gecombineerd met het vorderen van een rechterlijke machtiging.

kestelling bij de rechterlijke machtiging bepleiten.⁴² Dit Nederlandse meningsverschil over de ingebrekestelling bij een rechterlijke machtiging lijkt een afspiegeling te zijn van het verschil in gemaakte keuzes tussen het Franse en het Duitse recht. Zo geldt in Frankrijk voor de rechterlijke machtiging wel een ingebrekestellingsvereiste, maar in Duitsland niet.

Naar Frans recht geldt, naast de rechterlijke autorisatie, een ingebrekestellingsverplichting voor het ontstaan van de verplichting voor de schuldenaar om de kosten van de op grond van een rechterlijke machtiging ingeschakelde derde voor zijn rekening te nemen (art. 1144 Code civil).⁴³ De Cour de cassation houdt ook strak de hand aan beide vereisten.⁴⁴

Naar Duits recht is voor de 'Ersatzvornahme' (art. § 887 Zivilprozessordnung) geen ingebrekestelling vereist. Anders dan bij art. 3:299 BW het geval is, kan een Duitse schuldeiser zich echter alleen op § 887 Zivilprozessordnung beroepen *nadat* de schuldenaar tot nakoming is veroordeeld en niet overgaat tot uitvoering van die veroordeling (§ 704, 510b Zivilprozessordnung).⁴⁵ Deze 'Ersatzvornahme' is anders dan de Nederlandse rechterlijke machtiging een normaal executiemiddel,⁴⁶ hetgeen ook tot uitdrukking komt in haar plaatsing in het Duitse wetboek van Burgerlijke rechtsvordering in plaats van in het Duitse BW.⁴⁷ Het is vanzelfsprekend dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven, indien in haar plaats een veroordelende uitspraak voorligt waaraan de schuldenaar geen gevolg geeft. De Duitse rechter dient in het kader van de separate procedure waarin de schuldeiser een machtiging vordert, na te gaan of de schuldenaar de gelegenheid heeft gehad de veroordeling tot nakoming uit te voeren.⁴⁸

Nederlandse auteurs die ervoor pleiten geen ingebrekestellingsvereiste te verbinden aan de rechterlijke machtiging wijzen erop dat de rechterlijke machtiging een vorm van nakoming is waarvoor het ingebrekestellingsvereiste niet geldt.⁴⁹ Het is echter het verschil tussen de rechterlijke machtiging en nakoming dat tot de conclusie moet leiden dat een ingebrekestelling in beginsel wel vereist is. Als de vordering tot nakoming is gericht op uitvoering van de overeengekomen prestatie door de schuldenaar, wijst de rechterlijke machtiging precies de andere kant op. Zij strekt er immers toe de schuldenaar de bevoegdheid tot

nakoming te ontnemen. Net zoals bij schadevergoeding en ontbinding zou de schuldenaar eerst de gelegenheid moeten krijgen de verbintenis uit te voeren voordat hij zijn bevoegdheid daartoe verliest. De bevoegdheid van de schuldeiser om een derde in te schakelen, dient dan ook pas te ontstaan nadat de schuldeiser zijn wederpartij tot nakoming heeft aangespoord.⁵⁰ De schuldeiser dient te stellen dat hij zijn wederpartij in gebreke heeft gesteld. Indien hij dat niet doet, of niet slaagt in zijn bewijslast, dan dient de rechter de gevorderde machtiging af te wijzen. De ingrijpende gevolgen van de rechterlijke machtiging – het verlies van de bevoegdheid voor de schuldenaar om de prestatie zelf te verrichten en het ontstaan van de verplichting de door de derde gemaakte kosten te vergoeden – rechtvaardigen een ingebrekestellingsvereiste. Om te voorkomen dat de schuldeiser zijn wederpartij onnodig passeert, dient derhalve het ingebrekestellingsvereiste te gelden.

Uiteraard gelden voor het ingebrekestellingsvereiste bij de rechterlijke machtiging dezelfde relativeringen als die de Hoge Raad in zijn jurisprudentie ten aanzien van de ingebrekestelling heeft aangenomen.⁵¹ Daaraan kan worden toegevoegd dat de rechter de machtiging mijns inziens niet wegens het ontbreken van een ingebrekestelling mag weigeren, indien een schuldeiser een vordering tot nakoming instelt en tevens een machtiging vraagt om de verbintenis op kosten van de schuldenaar te doen uitvoeren mocht de schuldenaar niet aan de veroordeling voldoen. Het bieden van een tweede kans gaat in dit geval op in de vordering en de daaropvolgende veroordeling tot nakoming.⁵² Als de schuldeiser er toe overgaat een derde in te schakelen, terwijl de schuldenaar van mening is dat hem onvoldoende gelegenheid is geboden de veroordeling tot nakoming uit te voeren, kan hij een executieschil aanspannen (art. 438 Rv).

5. Verweermiddelen tegen een rechterlijke machtiging

De verwantschap van de rechterlijke machtiging met het recht op nakoming brengt mee dat een schuldenaar zich behalve op de algemene verweermiddelen⁵³ in beginsel ook kan beroepen op de verweermiddelen die hij aan een vordering tot nakoming kan tegenwerpen.⁵⁴ Net als bij de vordering tot nakoming dient de rechter de gevorderde rechterlijke machtiging af te wijzen, indien de daarmee gemoeide kosten onevenredig hoog zijn,⁵⁵ of

42. Zie bijv. Van Opstall 1976, p. 167; Blaauw 1980, p. 15-17; en Stein 1990, nr. 13.

43. Ph. Le Tourneau e.a., *Droit de la responsabilité et des contrats* 2006-2007, Paris: Dalloz 2006, nr. 6033-1, 2431 en 4537; Roujou de Boubée 1974, p. 178. Ook een recent voorstel tot de hervorming van het Franse contractenrecht (art. 1154-2 Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription 2005) beoogt geen verandering te brengen in het ingebrekestellingsvereiste voor de rechterlijke machtiging al komt het ingebrekestellingsvereiste niet expliciet voor in de conceptbepaling, zie Ph. Delebecque, *L'exécution Forcée*, *Revue des Contrats* 2006, p. 103.

44. Civ. 3^e 11 januari 2006, Bull. civ. 2006 9, N de pourvoi: 04-20142; Civ. 3^e 5 maart 1997, Bull. civ. 1997 45, N de pourvoi: 95-16017; en Civ. 3^e 20 maart 1991, Bull. civ. 1991 94, N de pourvoi: 89-19866.

45. Vgl. R. Geimer e.a., *Zöller Zivilprozessordnung*, Köln: Otto Schmidt Verlag, § 887, nr. 2 (K. Stöber).

46. Zie par. 2.3.

47. Onder andere Jongbloed en Snijders hebben ervoor gepleit art. 3:296-3:301 BW in het wetboek van Burgerlijke rechtsvordering op te nemen, zie Jongbloed 1987, p. 275-281; en Snijders 1989, p. 424.

48. Stein/Jonas-Brehm 2004, § 887, nr. 22.

49. Star Busmann 1955, nr. 414, p. 426; en Jongbloed 1987, p. 306.

50. Hierin schuilt dan ook een materieel verschil tussen de vordering tot nakoming (geen ingebrekestelling) en de rechterlijke machtiging, zie over de ingebrekestelling bij nakoming Haas 2009, p. 61-64.

51. Anders Jongbloed die de jurisprudentiële uitzonderingen op het ingebrekestellingsvereiste aangrijpt als argument om het ingebrekestellingsvereiste niet op de rechterlijke machtiging van toepassing te verklaren, zie *Vermogensrecht*, art. 3:299 BW (A.W. Jongbloed) aant. 7.

52. Zo ook Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 353.

53. Te denken valt aan rechtsverwerking (art. 6:2 lid 2 BW jo. art. 6:248 lid 2 BW), misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en gebrek aan belang (art. 3:303 BW).

54. Zo ook voor het Franse recht Debily 2002, p. 369-370. Anders Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 353 die geen bezwaar lijken te zien in het toewijzen van een rechterlijke machtiging als een veroordeling tot nakoming is uitgesloten.

55. HR 21 mei 1976, NJ 1977, 73 (Oosterhuis/Unigro) m.nt. GJS en. Zie voor een concretisering van deze open norm in een scherpe procentuele norm Haas 2009, p. 155-162.

hem een redelijk alternatief ten dienste staat.⁵⁶ Een andere conclusie zou ertoe leiden dat de schuldeiser deze verweermiddelen zou kunnen omzeilen door een rechterlijke machtiging te vorderen. Een schuldeiser dient evenmin een rechterlijke machtiging te verkrijgen, wanneer het recht op nakoming bij rechtshandeling is beperkt of uitgesloten, dan wel wanneer de rechtshandeling tot nakoming is verjaard.

Een vordering tot nakoming is, evenals een vordering tot schadevergoeding, uitgesloten als de oorzaak van de niet-nakoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.⁵⁷ Staat de deur in dat geval ook dicht voor een rechterlijke machtiging? Men zou geneigd kunnen zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden. Art. 6:79 BW geeft de schuldeiser namelijk de bevoegdheid om zichzelf door executie of verrekening het verschuldigde te verschaffen, indien de schuldenaar wegens een door hem niet toe te rekenen oorzaak is verhinderd na te komen.⁵⁸ Algemeen wordt aangenomen dat art. 6:79 BW de schuldeiser in geval van overmacht niet alleen de bevoegdheid verschaft op de inzet van directe executiemiddelen, zoals executie tot afgifte (art. 491 Rv), maar ook het recht op een rechterlijke machtiging.⁵⁹

De ruimte voor een rechterlijke machtiging in geval van een niet-toerekenbare verhindering in de nakoming is echter zeer beperkt. Van een verhindering in de nakoming is namelijk geen sprake indien de schuldenaar niet kan nakomen, maar de prestatie wel door een derde kan worden verricht.⁶⁰ De schuldenaar dient in dat geval een derde in te schakelen en hem de prestatie te laten verrichten (art. 6:30 BW). Laat de schuldenaar dat na, dan schiet hij zelf toerekenbaar tekort en is hij schadevergoedingsplichtig. Van overmacht is slechts sprake, indien het de schuldenaar niet is toe te rekenen dat noch hijzelf noch een derde de prestatie kan uitvoeren. In dat geval zal echter niet alleen de weg van de nakoming en de schadevergoeding zijn afgesneden, maar is ook een rechterlijke machtiging uitgesloten, omdat de prestatie niet door een derde kán worden verricht.⁶¹

Art. 6:79 BW verruimt wel de executoriale bevoegdheden in het bijzondere geval dat een schuldenaar zijn verbintenis om zaken te leveren niet kan nakomen, omdat een nationale oorlogswet hem verbiedt handel te drijven met onderdanen van het

land van de schuldeiser.⁶² Krachtens art. 6:79 BW kan de schuldeiser zich in dit geval de nakoming verschaffen door uitwinning van zaken van de schuldenaar die zich in het land van de schuldeiser bevinden (art. 491 Rv).⁶³ Indien de schuldenaar geen zaken bezit in het land van de schuldeiser kan de schuldeiser mijns inziens geen rechterlijke machtiging verkrijgen om soortgelijke zaken bij een landgenoot aan te schaffen en de kosten daarvan op de schuldenaar te verhalen. Het overmachtsverweer dat de schuldenaar tegen een schadevergoedingsvordering beschermt, zou dan immers volledig worden ondergraven.

6. Conclusie

Onbekend maakt onbemind. Deze stelregel verklaart wellicht het spaarzame gebruik dat in de praktijk van de rechterlijke machtiging wordt gemaakt. Kennis van de mogelijkheden die deze rechtsfiguur biedt, is aanbevelenswaardig, want de machtiging is een functioneel rechtsmiddel dat in andere bevoegdheden voorziet dan de bekende remedies.

Een met een rechterlijke machtiging gewapende schuldeiser kan zijn wederpartij buitenspel zetten en kan, op kosten van zijn wederpartij, via een derde een soortgelijke prestatie verkrijgen als die hem door de schuldenaar was toegezegd. Voor de vergoedingsaanspraak van de door de derde gemaakte kosten hoeft de schuldeiser zich niet te bekommeren om vereisten van schadevergoeding noch om de problematiek rond de schadebegroting. Wel dient de schuldeiser zijn wederpartij in beginsel aan te manen voordat zijn vordering voor toewijzing vatbaar is. Nadat de schuldeiser zijn wederpartij tevergeefs de kans heeft geboden om uitvoering te geven aan de verbintenis dient de rechter de gevorderde machtiging toe te wijzen. Van een discretionaire bevoegdheid om de vordering uit hoofde van beleidsoverwegingen af te wijzen, is geen sprake. Alhoewel de rechterlijke machtiging een zelfstandige rechtsfiguur is die zowel materieelrechtelijke als executierechtelijke trekken vertoont, is zij in meerdere opzichten verwant aan het recht op nakoming. Deze verknoctheid met het recht op nakoming verklaart dat de schuldenaar zich in beginsel met dezelfde stellingen kan verweren tegen een gevorderde machtiging als tegen een vordering tot nakoming.

56. HR 5 januari 2001, LJN AA9311 (Multi Vastgoed/Nethou).

57. Haas 2009, p. 94-101.

58. De Vries merkt terecht op dat de bevoegdheid van de crediteur ex art. 6:79 BW niet beperkt behoort te blijven tot het geval dat de debiteur in overmacht verkeert, maar ook van toepassing is, indien de verhindering hem wel valt toe te rekenen. Zie G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 27-31. Zo ook Heemskerk in zijn noot onder 5 bij HR 14 januari 1983, NJ 1983, 267.

59. Zie bijv. Asser-Hartkamp/Sieburgh 2009 (6-II*), nr. 354; De Vries 1997, p. 30; Verbintenissenrecht, art. 6:79 (B.J. Broekema-Engelen), aant. 4; en G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW B33), Deventer: Kluwer 2006, nr. 36.

60. Vgl. Asser-Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 341 en 356.

61. De resterende uitzondering is, dat de derde alleen door de schuldeiser en niet door de schuldenaar kan worden ingeschakeld, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar de benodigde contacten mist.

62. Art. 6:79 BW is specifiek voor deze situatie in het leven geroepen. De aanleiding vormde de arresten HR 2 november 1917, NJ 1917, p. 1136; en HR 26 mei 1939, NJ 1939, 896 m.nt. EMM, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 263-264. Voor vergelijkbare voorbeelden naar Engels recht zie G.H. Treitel, *Frustration and Force Majeure*, London: Sweet & Maxwell 2004, p. 352-355.

63. In het normale geval biedt overmacht de schuldenaar een verweermiddel tegen de door de schuldeiser ingestelde vorderingen tot schadevergoeding en nakoming, maar leidt het verweer er anderzijds toe dat de schuldenaar geen aanspraak meer kan doen op de overeengekomen tegenprestatie, zie Asser-Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 377. Indien de schuldenaar in overmacht verkeert en de schuldeiser zich op grond van art. 6:79 BW door executie of verrekening het verschuldigde kan verschaffen, is het aannemelijk dat de schuldenaar het recht behoudt de tegenprestatie te vorderen.